

## AUFENTHALTSBESTIMMUNG

## Zwischen Freiheitsberaubung und unterlassener Hilfeleistung

von RA Dr. Cathleen Severin, Hamburg

| In der anwaltlichen Praxis wird immer wieder die Frage von pflegenden Angehörigen gestellt, ob der Pflegebedürftige gegen seinen Willen in ein Pflegeheim verbracht werden darf. Sie fürchten sich strafbar zu machen, wenn sie dessen Wunsch weiter in der Wohnung zu leben nachgeben, da dort eine erhöhte Gefahr für Verletzungen, vor allem durch Stürze besteht. Vor dieser Frage können auch Betreuer und Vorsorgebevollmächtigte stehen. |

### 1. Beispielsfall

In welchen Zwiespalt ein Verantwortlicher geraten kann, soll der folgende Praxisfall zeigen.

#### ■ Ausgangsfall

B wird als Betreuerin für E eingesetzt, die sich in Kurzzeitpflege in einem Pflegeheim im Anschluss an einen Krankenhausaufenthalt befindet. Die Bestallung der B umfasst die Aufgabenkreise Gesundheitsfürsorge, Behörden- und Vermögensangelegenheiten inklusive Wohnungsangelegenheiten.

Der Betreuungseinrichtung liegt die ärztliche Diagnose „mittlere kognitive Funktionseinschränkung bei Mikroangiopathie (Verengung kleiner und kleinster arterieller Gefäße, Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl.) sowie schwere motorische Funktionseinschränkung“ zugrunde.

Aufgrund eines früheren Schlaganfalls ist die E halbseitig gelähmt. E äußert den dringenden Wunsch, das Pflegeheim zu verlassen und in ihre Mietwohnung, die sich in einem Hochhaus befindet, zurückkehren zu wollen. Vor dem Krankenhausaufenthalt war E in ihrer Wohnung von einem Pflegedienst versorgt worden. Dieser hatte den Pflegevertrag während des Krankenhausaufenthaltes der E mit der Begründung gekündigt, eine Versorgung der E in der Häuslichkeit sei wegen der motorischen Beeinträchtigungen in Kombination mit der fortschreitenden Demenz nicht mehr leistbar. B beauftragt daraufhin einen anderen Pflegedienst, der eine häusliche Versorgung für möglich hält, wenn die Pflegeeinsätze viermal täglich, unter anderem spätabends und frühmorgens, stattfinden würden.

Da die Leistungen der Pflegestufe 2 hierzu jedoch nicht ausreichen, die E aber vermögend ist, erklärt sich E dazu bereit, die ergänzenden Pflegekosten privat zu bezahlen. Tagsüber sehen der Pflegedienst, gelegentlich die ebenfalls hochbetagte Schwester der E und zweimal wöchentlich eine Krankengymnastin nach E, die den Tag zumeist sitzend auf dem Sofa ihres Wohnzimmers verbringt. E wird in die Bedienung eines Hausnotrufknopfes eingewiesen.

Sie willigt ein, dass nachts ein Bettgitter angebracht wird und sie ein Schlafmedikament einnimmt. Dennoch ist E nachts sehr unruhig. Sie ruft laut um Hilfe, betätigt dabei nicht den Hausnotrufknopf, schlägt mit Armen und Beinen gegen

die Wand über ihrem Bett und zieht sich dabei Hämatome zu. Die Nachbarn alarmieren wiederholt Polizei und Feuerwehr und beschweren sich beim Pflegedienst und bei der B. Es sei unzumutbar, die Frau nachts allein zu lassen.

Sie sei stark gefährdet sich selbst zu verletzen und müsse in ein Pflegeheim. Alles andere sei unterlassene Hilfeleistung. Auf die Vorfälle angesprochen wiederholt E ihren Wunsch, zu Hause leben zu dürfen. Auf Nachfrage der besorgten B beim AG verweigert dieses eine Erweiterung des Aufgabenkreises um das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Die E habe bei der richterlichen Anhörung ihren freien Willen geäußert, in ihrer Wohnung bleiben zu wollen.

**Fragen:** Hat das AG zu Recht entschieden? Hätte die B doch noch Möglichkeiten, die E „zu ihrer Sicherheit“ in einem Pflegeheim unterzubringen?

## 2. Der freie Wille des Betreuten als Handlungsmaßstab

In der gegenwärtigen Situation ist es nicht möglich, die E in einem Pflegeheim unterzubringen. B wurde nicht der Aufgabenkreis „Aufenthaltsbestimmungsrecht“ übertragen. Dieser ermöglicht es, Unterbringungs- oder unterbringungsähnliche Maßnahmen i. S des § 1906 BGB anzuordnen. Das Betreuungsgericht hat B diese Kompetenz nicht eingeräumt. Dabei argumentiert es mit dem freien Willen der E. § 1896 Abs. 1a BGB bestimmt: „Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.“

Was ist unter „freiem Willen“ zu verstehen? Bereits bevor der Absatz 1a in § 1896 BGB eingefügt wurde, stellte das Bayerische ObLG fest, dass eine Betreuung gegen den freien Willen des Betreuten nicht eingerichtet werden kann, es sei denn, der Betreute kann auf Grund einer psychischen Erkrankung diesen nicht bestimmen. Da das BGB seinerzeit nicht eindeutig den Begriff des freien Willens benutzte, griff das Gericht auf das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht auf Selbstbestimmung eine verfassungskonforme Auslegung zurück und stellte fest:

### ■ Aussage des Bayerischen ObLG (13.12.00, 3 Z BR 353/00)

Der Staat hat wegen entsprechender Verfassungsbestimmungen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen.

E ist zwar nachts desorientiert. Sie ist aber tagsüber klar in der Lage, sich zu äußern, wo sie sich aufhalten möchte, nämlich zu Hause. Damit befindet sie sich in keinem dauernden Zustand der es ausschließen würde, dass die E ihren freien Willen bilden kann (§ 104 Nr. 2 BGB). Momentan müsste es B also hinnehmen, dass sich die E möglicherweise selbst verletzt. Jede andere Entscheidung würde den Straftatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) erfüllen. Denn B würde bei einer Verbringung der E in ein Pflegeheim diese daran hindern, ihren Aufenthaltsort frei zu bestimmen. Noch dazu weil E aufgrund der halbseitigen Lähmung vermutlich auch nicht in der Lage wäre, das Heim eigenständig wieder zu verlassen.

Ohne den Aufgabenkreis „Aufenthaltsbestimmungsrecht“ kann B nichts regeln

Vor § 1896 Abs. 1a BGB wurde auf Grundrechte zurückgegriffen

E kann einen freien Willen bilden, der zu beachten ist

### 3. Freier Wille läuft Wohl des Betreuten zuwider?

Die Nachbarn sind der Auffassung, weiter zu Hause zu wohnen würde der Gesundheit der E schaden. B mache sich deshalb wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar. Auch deren Nachfrage beim AG zeigt, dass auch sie mittlerweile erhebliche Zweifel hat, ob sie richtig handelt, wenn sie E weiter in der Wohnung leben lässt. Ausgangspunkt bei der Bewertung ist § 1901 Abs. 3 BGB. Danach muss der Betreuer den Wünschen des Betreuten entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.

#### a) Verletzungsgefahr und allgemeines Lebensrisiko

Auch wenn man den Nachbarn eine gewisse Besorgnis nicht absprechen möchte, so fühlen sich diese in erster Linie durch eine Ruhestörung belästigt. Eine konkrete Verletzungsgefahr der E lag allenfalls in blauen Flecken an Armen und Beinen durch das Schlagen gegen die Wand. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit könnte hier als milderer Mittel das Bett der E von der Wand abgerückt werden, um Verletzungen zu vermeiden.

Die abstrakte Gefahr eines Sturzes kann nicht ausreichen, um eine unumgänglich Heimunterbringung zu begründen. Es gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, dass ein Mensch in seinem häuslichen Umfeld auch stürzen oder sich auf andere Art verletzen kann. Bei einem gesundheitlich beeinträchtigten Menschen ist die Sturzgefahr zwar sicherlich höher als bei einem gesunden Menschen. Doch zum einen können Stürze auch in einem Pflegeheim nicht immer verhindert werden. Und auch dort kann es passieren, dass ein in seinem Zimmer gestürzter Mensch über Stunden unberücksichtigt bleibt. Zum anderen muss akzeptiert werden, dass ein Pflegebedürftiger unter Umständen lieber eine Verletzung riskiert, als in einem Heim leben zu wollen. Völlig außer Acht lässt die Nachbarschaft im Übrigen das seelische Wohl der E.

Die Situation ist der B – bei allem Verständnis – auch zuzumuten. Es besteht kein Grund, warum es für einen Betreuer nicht zumutbar sein sollte, für eine optimale Versorgungssituation und eine maximale Verletzungsprophylaxe zu sorgen. Dies gerade ist seine Aufgabe. Sinn des Betreuungsrechts kann es nicht sein, den Arbeitsaufwand und den nervlichen Stress eines Betreuers durch eine Heimunterbringung seines Betreuten zu minimieren (die Arbeits- und psychische Belastung ehrenamtlicher Betreuer zeigt, wie wichtig deren qualifizierte Schulung und Begleitung durch Fachkräfte ist).

#### b) Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung

Der Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB ist dagegen nicht erfüllt. Dieser würde voraussetzen, dass die B „bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not“ nicht Hilfe leistet. Ein Unglücksfall ist für die E nicht eingetreten. Auch besteht keine gemeine Gefahr oder Not. Erstere setzt eine konkrete Gefahr für eine unbestimmte Zahl von Menschen oder zahlreiche Sachen von insgesamt hohem Wert voraus, letztere eine die Allgemeinheit betreffende Notlage. Und um einen Unglücksfall, also ein plötzlich eintretendes Ereignis, das eine erhebliche Gefahr für ein Individualrechtsgut mit sich bringt zu verhindern, ist die B ja gerade vorsorglich schon tätig geworden. So hat sie für eine engmaschige Versorgung durch einen Pflege-

**Oberstes Gebot:  
Betreuer muss  
Wünsche des  
Betreuten befolgen**

**Verletzungsgefahr  
kann leicht beseitigt  
werden**

**Abstrakte Gefahr  
eines Sturzes reicht  
nicht aus**

**Es liegt schlicht  
keine Notlage vor**

dienst, einen Hausnotruf, eine angemessene medikamentöse Einstellung sowie eine nächtliche Bettgitteranbringung gesorgt. Den Vorwürfen der Nachbarschaft kann die B somit gelassen entgegenblicken.

### ■ Abwandlung 1

Pflegedienst N kündigt den Pflegevertrag mit der Begründung, eine ambulante Pflege durch ihn sei aufgrund des sich unzweifelhaft verschlechternden Gesundheitszustands der E nicht mehr leistbar. Die E sei nicht in der Lage zu verstehen, wie sie im Ernstfall den Hausnotrufknopf bedienen soll. Die nächtliche Unruhe und Mobilität nähmen trotz Medikation zu. Man sei nicht mehr bereit, die Verantwortung zu übernehmen. Ein anderer Pflegedienst erklärt sich für die Pflege ebenfalls nicht bereit (weitere alternative Pflegeformen, wie Pflege durch ausländische Pflegekräfte, sollen hier nicht berücksichtigt werden).

Der Pflegedienst ist berechtigt, den Pflegevertrag bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos bzw. ohne Begründung unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist zu kündigen.

Zwar wünscht die E zu Hause immer noch versorgt zu werden. Da sie sich aber selbst nicht versorgen kann und auch keine andere Person dafür zur Verfügung steht, wäre jedoch ihr körperliches Wohl und damit auch ihr seelisches Wohl erheblich gefährdet. Der freie Wille der E geht hier quasi ins Leere. Hier wird es des guten Zuredens der Betreuerin bedürfen, die E nunmehr doch zur (freiwilligen) Übersiedlung in ein Pflegeheim zu bewegen. Nach wie vor ist es der Wunsch der E zu leben. Dies setzt eine angemessene Versorgung voraus. Verweigert die E einen Umzug ins Heim trotz der veränderten Gegebenheiten, stellt sich die Frage, ob das Inkaufnehmen des Verhungerns bei eigentlich gegebenem Lebenswillen der E jetzt nicht doch darauf schließen lässt, dass die E krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage ist, ihre Gefährdung zu erkennen bzw. ihren freien Willen zu äußern.

B sollte jetzt beantragen, ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu übertragen. Des Weiteren wird zu prüfen sein, ob ggf. eine geschlossene Heimunterbringung wegen erheblicher Eigengefährdung gemäß § 1906 BGB in Betracht kommt, wobei bei der E berücksichtigt werden muss, dass eine Weglauftendenz und eine damit einhergehende Gefährdung aufgrund körperlicher Immobilität der E vermutlich ausscheiden wird.

### ■ Abwandlung 2

Wie Ausgangsfall, nur erleidet E einen schweren Schlaganfall und fällt ins Koma.

Hier ist zu differenzieren. E ist jetzt nicht mehr in der Lage, ihren freien Willen klar zu äußern. Sie befindet sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Ist dieser Zustand dauerhaft, ist die E gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig. Grundsätzlich kann sich die E jetzt nicht mehr über ihre Wünsche äußern. Eine Freiheit des

Situation sieht anders aus, wenn Versorgung der B nicht mehr sicher ist

Im Koma ist keine freie Willensbildung mehr möglich

Willensentschlusses ist nicht mehr gegeben. Sie hat zwar zu einem früheren Zeitpunkt ihre Wünsche geäußert. Diese bezogen sich jedoch auf eine andere Situation. E kann jetzt ihre Umwelt nicht mehr bewusst wahrnehmen.

Hier ist zunächst danach zu fragen, wie eine weitere Versorgung der E erfolgen kann. Ist diese jetzt tatsächlich noch durch einen Pflegedienst in der Wohnung leistbar? Bedarf es jetzt doch der häufigeren Anwesenheit einer Pflegekraft, zumal E jetzt auch rein körperlich nicht mehr in der Lage ist, einen Notrufknopf zu betätigen? Kann dieser erhöhte Pflegeaufwand durch die Höherstufung der Pflegestufe aufgefangen werden?

Hier wird es darauf angekommen, ob eine häusliche Pflege tatsächlich noch realisierbar ist. Sollte diese nicht mehr leistbar sein und der Pflegedienst kündigen, kann der B nur geraten werden, durchzusetzen, dass ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen wird. Dann kann sie, wenn die Voraussetzungen vorliegen, E in einem Pflegeheim unterbringen, weil nur dort ihre Versorgung sichergestellt ist und nur diese Lösung ihrem Wohl entspricht.

Ist der Zustand der E vorübergehend, so ist eine Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2 BGB zwar nicht von vornherein gegeben. Im Grunde ist die Situation wie zuvor geschildert zu bewerten. Nur wird man jetzt auch berücksichtigen müssen, dass eine Kündigung der Mietwohnung durch das AG unter Umständen nicht umgehend genehmigt wird. Hier wird zu prüfen sein, ob eine Rückkehr der E in die Wohnung doch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein könnte.

### ■ Abwandlung 3

Wie Ausgangsfall. Die E ist aber nicht vermögend und kann die zusätzlichen Einsätze des Pflegedienstes nicht aus eigenen Mitteln finanzieren.

Wenn das Einkommen und das Vermögen der E nicht für die Pflegefinanzierung ausreichen, hat B die Möglichkeit, für E beim Sozialamt Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff. SGB XII zu beantragen. Hilfe zur Pflege kann gemäß § 61 Abs. 3 SGB XII auch für die häusliche Pflege gewährt werden. § 63 SGB XII sieht vor, dass grundsätzlich ambulante häusliche Pflege vor teil- oder vollstationärer Pflege erbracht werden soll.

### ■ Abwandlung 4

E hat eine Vorsorgevollmacht errichtet, in der sie B das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen hat. Nach dem ersten nächtlichen Polizeieinsatz bringt die B die E in einem Heim unter.

Wie stellt sich die ganze Situation bei der Vorsorgevollmacht dar? Vorsorgevollmachten sehen häufig den Passus vor, dass der Vorsorgebevollmächtigte zur Vertretung befugt ist „bei der Aufenthaltsbestimmung“. Es ist immer wie-

Prüfen, ob höhere Pflegestufe beantragt werden kann

Rückkehrmöglichkeit prüfen

Vorsicht vor Klausel in Vorsorgevollmacht

der festzustellen, wie leichtfertig Mandanten bei der Erstellung von Vorsorgevollmachten über diesen Passus verfügen und ohne Weiteres ihrem Bevollmächtigten die Erlaubnis, über ihren Aufenthalt zu bestimmen, erteilen. Mit Sicherheit erleichtert dies dem späteren Bevollmächtigten die Arbeit. Dennoch sollte man sich darüber im Klaren sein, was es bedeutet, dieses Freiheitsrecht aus der Hand zu geben. Nur kurz zu bedenken gegeben sein soll, dass Vorsorgevollmachten dagegen in der Regel nicht vorsehen, dem Bevollmächtigten die Möglichkeit einzuräumen, auch mit unmittelbarem Zwang den Transport in ein Heim praktisch umzusetzen. Insofern können sich ihm auch hier wieder erhebliche praktische Probleme in den Weg stellen.

#### 4. Fazit

Solange der Betreute in der Lage ist, seinen freien Willen anderweitig zu äußern, scheidet eine Heimübersiedlung aus. Der Betreuer macht sich dann auch nicht wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar, wenn er für eine optimale Versorgung des Betreuten in seinem Zuhause sorgt.

Kippt die Situation jedoch in der Weise, dass entweder das Wohl des Betreuten konkret gefährdet ist, der Betreute aber aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung nicht einsichtsfähig ist oder entfällt die Bildung des freien Willens auf Grund eines anderen Umstands, überwiegt die Gefahr der unterlassenen Hilfeleistung und der Betreuer muss unter Umständen Maßnahmen ergreifen, die den Freiheitsaspekt in den Hintergrund treten lassen. Es ist im Einzelfall gegebenenfalls immer wieder neu abzuwägen und zu entscheiden.

Der Ausgangsfall ging übrigens so aus, dass die E wegen eines Darmverschlusses operiert werden musste. Sie überstand die Operation zunächst gut und wurde nach Hause entlassen. Dort verstarb sie dann wenige Wochen später.

**PRAXISHINWEISE** | Es empfiehlt sich in Fällen der oben genannten Art,

- in jedem Fall alle Vorkommnisse engmaschig zu dokumentieren.
- Anfragen an das AG sollten immer schriftlich erfolgen, mit der Bitte um schriftliche Rückäußerung.
- Einsatzberichte der Polizei sollten dem AG zugeleitet werden.

Es geschieht nicht selten, dass Betreuer wegen ihrer Entscheidung, einen Betreuten zu Hause pflegen zu lassen, von Dritten angegriffen werden. Vorwürfe können auch von Seiten der Polizei und durch das unter Umständen von der Polizei informierte Gesundheitsamt kommen.

- Schriftliche Stellungnahmen des Amtsgerichts, die als Rückversicherung im Bedarfsfall vorgelegt werden können, können dem Betreuer in diesem Fall helfen.
- Ebenfalls empfiehlt sich, der Nachbarschaft des betreuten Menschen zu signalisieren, dass man sich des Problems bewusst ist und ggf. ein Rundschreiben zu verfassen, um die oft emotionsgeladene Situation zu entschärfen.

**Freier Wille geht unbedingt vor**

**Freie Willensbildung nicht mehr möglich und es droht Gefahr für den Betreuten**